

CARATERÍSTICAS ATUAIS E TRANSFORMAÇÕES OCORRIDAS NA COMPREENSÃO DO ESTADO E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

NUNO J. VASCONCELOS ALBUQUERQUE SOUSA

Professor Associado da FDULP

Investigador do I2J – Instituto de Investigação Jurídica da Universidade Lusófona do Porto

Doutor em Direito

Introdução

- a) O tempo histórico e o tempo da política não coincidem.

O tempo histórico é o tempo dos factos históricos. O tempo da política é o tempo feito por factos políticos e é protagonizado principalmente pelos políticos. Ambas as dimensões temporais podem não coincidir. O chamado Estado social já há várias dezenas de anos se considera como ultrapassado pelos mais diversos quadrantes e países, no entanto, pode continuar perfeitamente a ser considerado o tema ou o objetivo mais importante duma campanha eleitoral.

- b) Os elementos jurídicos dum período do Estado administrativo permanecem nos estádios seguintes.

Pode afirmar-se que uma dada forma de Estado foi superada e que se passou a uma forma de Estado diferente, porém, as formas anteriores continuam muitas vezes a ter influência nas formas administrativas subsequentes. Por exemplo, a administração do Estado absolutista influenciou a administração revolucionária francesa. E a administração liberal, em certos aspetos, parece que reavivou no Estado pós-social.

- c) Não se pode fazer uma teoria cronologicamente uniforme do Estado democrático social na Europa.

Quando em Portugal se implantou o Estado democrático e social posteriormente a 1976, já na Suécia e na Inglaterra se referia a necessidade de superar essa forma de Estado administrativo.

d) A tarefa do administrativista

O jurista de direito administrativo deve tentar compreender as transformações que ocorrem nas administrações públicas, perceber o respetivo sentido, propor as soluções legais mais adequadas a essas transformações, e adotar os instrumentos jurídicos capazes de travar ou minimizar os obstáculos à legalidade e aos direitos e interesses legítimos dos cidadãos. Por exemplo, se as parcerias público-privadas têm contribuído para a atual derrapagem orçamental devem adotar-se meios corretivos. Num tempo de irresponsabilidade administrativa, não ajuda mesmo nada ter-se proposto para o OGE de 2011 uma norma desresponsabilizadora dos autarcas e dos ministros no caso de autorização de despesas ilegais, embora já tenham sido avançadas justificações de carácter técnico e prático para a referida proposta.

I PARTE – Transformações e características atuais da Administração Pública

1. Superação do modelo clássico da legalidade administrativa.

Praticamente todas as Constituições europeias aceitaram este modelo dominante, incluindo a portuguesa, o qual radica no liberalismo. O modelo liberal considera fundamento suficiente da legalidade administrativa o funcionamento do esquema seguinte: a Administração tem o limite na lei parlamentar, que é a sede verdadeira da soberania, e a atividade administrativa é controlada *a posteriori* pelos tribunais. Não obstante, este esquema já não funciona na atualidade como pretendiam os liberais.¹

2. Modificaram-se as estruturas e o funcionamento do poder político-administrativo.

A estrutura do poder político-administrativo formalmente constante da Constituição não coincide com a estrutura materialmente existente, podendo falar-se numa constituição não escrita do poder.² A separação de poderes era clara no tempo do liberalismo, o executivo subordinava-se ao legislativo, e os juízes eram a “boca da lei”.

¹ Vd. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, Almedina, 2003, p. 137 e ss.

² Cfr. M. VILLORIA MENDIETA, *La Modernización de la Administración como Instrumento al Servicio de la Democracia*, MAP, Madrid, 1996, p.73 e ss., e M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Curso de Ciencia de la Administración*, v. I, Madrid, 2000, p. 104 e ss.

Uma série de fatores alterou o referido esquema. A internacionalização das relações económicas, comerciais e administrativas. A globalização dos mercados e das telecomunicações. A condução das negociações com a UE e outras organizações internacionais, e a implementação dos respetivos conteúdos normativos cabem primariamente ao Governo como órgão condutor da política geral. As negociações com a UE mesmo em matéria legislativa reservada são apresentadas ao Parlamento como factos consumados, ocasionando uma ratificação ritual. O formalmente importante poder de revisão constitucional a propósito do protagonismo crescente da União Europeia, por vezes, é um aval posterior do Parlamento ao já negociado e aceite pelo Governo. É este, e a figura central do Primeiro-Ministro, que ocupam politicamente o lugar que no séc. XIX competia ao Parlamento. O Governo assenta numa maioria parlamentar seja de partido maioritário, seja de partidos coligados. O primeiro-ministro controla o partido maioritário, que por sua vez controla o parlamento. O executivo controla o parlamento e não vice-versa. O Governo é o órgão condutor das políticas interna e externa do Estado. Perante o poder político do Governo, são nominais as técnicas das leis de autorização legislativa, as matérias de reserva legislativa absoluta e relativa, e as moções de censura.

A efetiva separação de poderes centra-se nas relações executivo-tribunais e no diálogo maioria-oposição. Por isso, é que num país onde não haja uma oposição que apresente propostas alternativas credíveis a democracia torna-se difícil. Por outro lado, em situações em que os Governos frequentemente convidam magistrados quer judiciais quer do MP para funções administrativas, tal pode ajudar a incutir nos tribunais a lógica do poder. A sociedade civil, neste período de privatizações do económico e do social, pode voltar a ser relevante em termos de separação de poderes, porque deve participar no procedimento da pré-privatização e, posteriormente, constituir um *feedback* crítico na fase da pós-privatização.

3. O Estado de partidos é o Estado do partido governamental

O recrutamento dos titulares dos cargos legislativo, executivo e judicial é notoriamente influenciado pela estrutura partidária dominante que constitui a maioria que apoia o Governo, sendo o Estado possuído por essa influência dominante, realizando-se então o Estado do partido governamental e a legalidade do partido governamental.

4. A decisão político-administrativa foi relativamente privatizada, não havendo coincidência entre o titular formal e material da decisão política.

No liberalismo, o parlamento que representava a sociedade e os respetivos interesses tinha o monopólio da legalidade administrativa. A relação- tipo era entre o indivíduo e o poder. Simplesmente, a democracia não abundava nessa época, vejam-se, por exemplo, os mecanismos censitários eleitorais. Vai ser necessário democratizar o liberalismo, no séc. XX. A sociedade não é constituída por uma pluralidade de indivíduos, mas por uma pluralidade de grupos concorrentes.³ A democracia passa de representativa a participativa. O Estado-Governo era o único situado para ser interlocutor desses grupos de interesses, tentando obter o consenso dos parceiros sociais entre si, e entre os parceiros sociais e o Governo. As grandes decisões político-económicas são geridas em conjunto Estado-parceiros sociais, falando-se num Estado de Cooperação, em que o Estado, para esse efeito, não se coloca acima da Sociedade. A legalidade e o princípio da justiça parecem resultar de processos negociais. O Governo ocupa um papel político central, cabendo ao Parlamento a homologação das pré-decisões daquele. Face às divergências de opinião entre os vários grupos de interesses, o Governo exerce o papel de mediador ou árbitro de conflitos. Tem-se pressentido esse papel nas grandes decisões políticas, como a escolha dum novo aeroporto na região de Lisboa ou na construção do TGV. A legalidade é manufaturada mais pelo Governo que pelo Parlamento e tende a aproximar-se da legalidade privatizada do partido governamental. Assim, instala-se um clima de legalidade geradora de conflitos, de incompatibilidades pois representa apenas, por vezes, um ponto de vista de um ou dois grupos de interesses. As sucessivas e frequentes reformas legislativas nem sempre resultam de novas necessidades sociais, mas de conflitos ainda não sanados de interesses.

Assim, a clássica separação de poderes e a defesa dos interesses públicos estão longe de ser normativos. A realização do Estado de Direito pode sair prejudicada face à colonização dos interesses públicos pelos grupos de interesses e pela diminuição da autoridade do Estado. A juridicidade, as decisões legais e o critério da justiça assentam numa co-responsabilidade e consensualidade com os privados, sejam eles grupos nacionais ou globais.

³ Cfr. M. BAENA DEL ALCÁZAR, *ob.cit.*, p. 199 e ss.

5. A legalidade administrativa irrompeu para fora do controlo político do Estado

No liberalismo, coincidiam a soberania nacional, a centralização administrativa e a normatividade no Estado. No Estado pós-social, não é só a questão da descentralização dos poderes normativos, territorial ou verticalmente, pelas entidades infra-estaduais.⁴ A dispersão da normatividade é um processo mais amplo, para o exterior. Refiro-me ao direito internacional global e ao direito comunitário. Na UE, a Constituição (CRP) arrisca-se a ser uma sub-constituição no contexto da constitucionalização alargada europeia.

6. A crise do Estado-Providência

A Constituição de 1976 foi alicerçada numa base de Estado democrático e social estreitamente relacionada com a fórmula Estado-Providência. Esta compreensão do Estado está atualmente desautorizada pela realidade. Fala-se, na sua substituição pelo Estado Pós-social, Estado regulamentador, ou Estado ativador. A perplexidade resulta atualmente da crise ter chegado também à fórmula do Estado Pós-Social. A prolongada crise financeira internacional resulta, em grande medida, das falhas reguladoras dos vários Estados, a começar pelo Estado de referência mundial, os Estados-Unidos da América. O Estado Social, a partir dos anos 70, passou a ter dificuldades em responder aos novos condicionalismos político, económico e social.⁵

Tal como tinha desaparecido da cena o Estado liberal, também o Estado social saiu de protagonista. Desapareceu uma certa compreensão do Estado, porém, o Estado aparece revitalizado no seu novo papel de Estado-Regulador. O Estado Social ocasionou um período de crescimento da riqueza e da qualidade de vida da maioria dos cidadãos. As expetativas dos cidadãos subiram demasiado alto para serem realistas. Os cidadãos sentiram-se desalentados quando se aperceberam que o modelo estava sem recursos financeiros, e não conseguia responder aos novos desafios na área do ambiente, da saúde, do progresso científico, da segurança social, do emprego, etc. A confiança no Estado que, nos anos 80 era inabalável, tem-se vindo a deteriorar velozmente.

⁴ Vd. PAULO OTERO, *Legalidade...* cit. p. 152 e ss.

⁵ Vd. VASCO PEREIRA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, Almedina, 2005, p.138 e ss., J. RODRÍGUEZ ARANA, *Ética Institucional*, Madrid, 1996, p. 65 e ss., MARIA GLÓRIA FERREIRA PINTO DIAS GARCIA, *Da Justiça Administrativa em Portugal*, UCP, Lisboa, 1994, p. 511 e ss., e MAYER/KOPP, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5 Auf., Booberg, 1985, p. 42.

O Estado, como aparelho organizatório, não vai desaparecer, vai é evoluir para novas formas de organização política, como Estado Pós-social ou Regulador, no âmbito conjunto e integrado da UE ou de outra organização internacional. A questão é perguntar sobre quais vão ser as funções do Estado Regulador, que extensão necessita de ter a respetiva estrutura organizatória, que novos direitos fundamentais devem ser realizados, para além dos elencos liberal e social, qual a extensão da participação dos cidadãos, etc. Cada forma nova de Estado necessita dum novo pacto social o mais abrangente possível, sendo irrealizáveis projetos baseados exclusivamente em grupos parcelares ou classistas. O Estado Regulador deve ser regulador do mercado, mas também deve controlar e impulsionar a satisfação das necessidades básicas genéricas dos cidadãos, portanto, a administração pública continua a ser um aparelho central propulsor. O Estado Regulador é menos político que o Estado Social, mas continua a ser um Estado-administrativo no sentido de proteger e garantir o bem-estar económico-social e cultural dos cidadãos, isto é, também é um *Estado de garantia e um sistema geral de utilidade social*. Não é um Estado social que produza ele próprio os bens e serviços para os cidadãos, mas é um sistema geral de utilidade social como regulador do mercado e das expectativas societárias, podendo denominar-se a administração pública como conformadora ou infra-estrutural.

Neste seu papel conformador e infra-estrutural, a “Administração pública infra-estrutural” atua de preferência através de medidas genéricas como diretivas e planos de grande abrangência de destinatários, e não com os destinatários individualizados e concretamente situados como na teoria clássica superada.⁶ A Administração não emana apenas atos favoráveis ou desfavoráveis ou faz prestações, também arbitra e produz a composição de interesses. A Administração não é só organizadora de serviços públicos (DUGUIT), nem um centro de “puissance publique”(HAURIOU), é também reguladora e diretiva. Com estas características, não pode ser predominantemente um aparelho burocrático, necessitando dum “New Public Management” com alguns valores de mercado e de gestão empresarial, “reinventando” o governo, e com colaboração público-privada contratualizada por forma a não prejudicar os interesses públicos. Não se concorda com a fórmula “quanto menos Estado melhor”, mas concorda-se com “menos Estado, melhor Estado”. A forma do Estado regulador faz sentido com a ideia do “emagrecimento” do Estado. A separação de responsabilidades entre os setores

⁶ Vd. VASCO PEREIRA SILVA, *ob. cit.*, p.147 e ss.

público e privado não significa que a retração do sector público conduza a um crescimento diretamente proporcional do setor privado, pois o Estado regulador continuará a garantir o funcionamento conforme os interesses públicos de setores comunitariamente relevantes. O cumprimento das tarefas públicas não releva principalmente da forma, mas do seu desempenho funcional, não se devendo ter preconceitos contra o desempenho financeira e socialmente justificado do exercício de tarefas públicas por privados.

O Estado Regulador tornou-se importante após o movimento de privatização e liberalização dos serviços públicos nos anos 70-80. Nos anos 90, o Estado Regulador vai incidir nos setores dos quais o Estado se retirou através da fiscalização das escolhas dos novos atores privados.⁷ Atualmente, a regulação nacional é envolvida numa regulação europeia mais ampla.

7. Interesses públicos a cargo de entidades não estaduais.

A separação Estado-Sociedade começou a desenhar-se na época medieval. A ação de D. Afonso III, o Bolonhês, foi, neste aspeto, relevante. Na época absolutista, a separação Estado-sociedade vai aprofundar-se. O despotismo aprofunda esta separação, havendo uma igualdade de todos na não participação no poder.

No Estado liberal, como Estado de Direito em sentido formal, impedem-se as interferências mútuas. Coincidem o Estado, a atividade pública e a prossecução dos interesses públicos. A Sociedade não é invadida pela esfera pública, e a atuação privada é autónoma na prossecução dos interesses privados, sobretudo económicos. Confiava-se na autonomia privada, propulsora do desenvolvimento, sustentada na defesa esforçada dos interesses privados egoísticos. Na época, os interesses privados egoísticos não eram desprestigiados.⁸

A exclusão absolutista não coincide com a exclusão liberal no aspeto dos seus fundamentos. A primeira foi um projeto deliberadamente intencional do regime absolutista. A segunda foi um projeto desejado pela mentalidade dos homens liberais que não sentiam necessidade económica dos apoios estatais para as suas atividades, e

⁷ Vd. VASCO PEREIRA SILVA, *ob. cit.*, p. 145 e ss. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, 2005, p. 150 e ss., SOFIA TOMÉ D'ALTE, *A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Serviços Públicos*, Almedina, 2007, p. 24 e ss.

⁸ Vd. PEDRO GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 140 ss., e M. VILLORIA MENDIETA, *ob. cit.*, p. 105 e ss.

que se encontravam todos felizes por se libertarem dos empecilhos regulamentadores absolutistas.

Como o Estado liberal tinha dificuldades financeiras de vulto, sobretudo que coincidiram com os fenómenos de urbanização das grandes cidades e a industrialização moderna, teve de recorrer à colaboração dos privados na realização de tarefas públicas através das concessões de obras e serviços públicos. O preço a pagar aos privados foi normalmente elevado porque nenhum privado investe sem lucros, enquanto o poder público muitas vezes não segue essa lógica (por ex., não se propõe o investimento no traçado do TGV mais rentável Porto-Lisboa, ou no transporte de mercadorias, mas prefere-se, por hipótese, o traçado Lisboa-Madrid de passageiros que dificilmente será rentável) . As concessões regiam-se por um regime jurídico especial, mas não se concorda com a classificação dos concessionários como órgãos indiretos do Estado, porque eles não perdiam a sua categoria de privados.

Em vez do esquema de exclusão, o Estado democrático e social do Pós-Grande Guerra defende um esquema de integração, de cooperação Estado-sociedade, necessitando ambas as esferas uma da outra (Administração pública *partilhada ou de cooperação*). O Estado necessita duma Sociedade forte para sobreviver sobretudo para resolver a questão social. A Sociedade destruída pela arrogância militar das potências, e não plenamente confiante após a crise financeira de 1929, vai reivindicar apoios e estímulos estatais. Entretanto, vão-se organizando grupos de interesses poderosos com avultados meios financeiros, tecnológicos e conhecimentos científicos que aceitam partilhar responsabilidades, porque veem nisso interesse, com as administrações públicas. O Estado perdeu o exclusivo do público, as tarefas públicas podem exercer-se por meios não estaduais. Desenvolvem-se administrações autónomas territoriais ou funcionais e casos de auto-administração. A doutrina dominante considera as associações públicas de índole profissional como pessoas coletivas públicas, mas há quem as considere entidades privadas no exercício de tarefas privadas de interesse público.

8. A privatização das responsabilidades públicas.

A privatização da Administração pública é um fenómeno anterior ao liberalismo, tendo ocorrido formas de privatização na transição do Estado mercantilista para o Estado liberal. A novidade é a privatização se ter tornado uma forma comum de

administração e abranger não apenas o setor económico público, mas também atividades de carácter social ou na área da saúde pública (parcerias público-privadas na área da saúde), mas também em setores que envolvem poderes públicos (ex.: administração portuária, controlo do tráfego aéreo, supervisão de entidades financeiras, etc.). Estas entidades administrativas na forma privada podem exercer poderes públicos se legalmente autorizadas, mas na falta dessa previsão legal, entende-se que não podem utilizar meios de direito público.⁹

Pode distinguir-se entre privatização formal e substancial. Na primeira, muda a forma jurídica da entidade de pública para privada, pelo que as funções e o controlo continuam no setor público. Na segunda, há uma efetiva passagem da tarefa da Administração pública para titulares privados, podendo manter-se algum controlo público. As entidades administrativas definem-se mais pelas características da sua atividade, do que pela forma jurídica de direito público ou de direito privado. Veja-se por ex. a noção de contraentes públicos constante do art. 3.º, n.º 2 do CCP. A privatização pode consistir na venda de bens ou de empresas públicas aos particulares, pelo que, neste caso, ocorre uma privatização autêntica. Diferente desta é a privatização formal se, por exemplo, uma autarquia transfere um bem do seu domínio público para o seu domínio privado ou se uma entidade administrativa é transformada numa sociedade comercial. Diferente desta privatização formal é a privatização de tarefas, em que o exercício de certas funções públicas passa para os privados., podendo o Estado afastar-se completamente do exercício dessas tarefas, ou, em alternativa, permitir o exercício das tarefas de modo concorrencial pela iniciativa pública e privada. Também podem surgir privatizações informais, por exemplo, se num dado concelho se encerra o centro de saúde público, não havendo outro a uma distância geograficamente razoável, tal significa entregar-se de facto a tarefa da saúde pública aos privados. Pode suceder que se privatize apenas a execução de tarefas que se mantêm na esfera pública (privatização funcional). É o que sucede com a fiscalização de pessoas e bagagens nos aeroportos nacionais executada por empresas privadas de segurança. A limitada execução de tarefas por privados pode situar-se nos setores de soberania, como a manutenção informática, a criação e adaptação de novos programas informáticos, funções de auditoria e aconselhamento técnico, em setores da justiça, das prisões, das forças

⁹ Vd. VASCO PEREIRA SILVA, *ob. cit.*, p. 146 e ss., PEDRO GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 18, 140, 151., e M. VILLORIA MENDIETA, *ob. cit.*, p. 121 e ss.

armadas, da segurança interna, etc. As derrapagens das despesas públicas nestes casos parecem frequentes.

Será inconstitucional a privatização substancial de tarefas, por exemplo, de fiscalização no sector do ambiente, da saúde pública, da segurança dos aeroportos, ou de quaisquer outras ligadas ao exercício da “*puissance publique*”, mas já é possível uma privatização formal ou funcional das mesmas.

A entrega aos privados de atividades públicas fez surgir novas tarefas públicas de regulação e supervisão. O Estado-garantia assegura que os novos atores privados não diminuam o nível de cumprimento das tarefas anteriormente públicas no que concerne a satisfação das necessidades dos cidadãos no período pós-privatização. Podem ser exercidas tarefas em interação, isto é, os privados executam as tarefas e a Administração garante (Estado-garantia) e fiscaliza que as tarefas sejam executadas de modo compatível com os interesses públicos.

A privatização formal da Administração pública tem limitações constitucionais, e não é uma operação puramente inócua ou de técnica organizativa. O controlo público orçamental, contabilístico ou da legalidade, na prática, pode reduzir-se a uma mera “função acionista”.

9. Aproveitamento da capacidade administrativa dos privados para gerir fins públicos

Como meio de obter o “emagrecimento” do Estado, existe a possibilidade de os privados se interessarem ou serem levados a interessar-se, através de estímulos públicos de vária ordem, pelo exercício de tarefas públicas.¹⁰ As responsabilidades próprias dos particulares podem acrescer às responsabilidades estaduais, isto é, umas não tiram lugar às outras. O controlo ambiental ou o controlo de qualidade imposto a certas empresas é um dever estadual de garantia, mas simultaneamente é responsabilidade dos privados para proteção dos seus interesses próprios. A “responsabilidade pública de garantia” é diferente das espécies de responsabilidades públicas já conhecidas no tempo do liberalismo: a responsabilidade genérica de enquadramento legislativo do exercício dos direitos e liberdades e a responsabilidade de execução de certas tarefas legalmente prevista. Neste período, o âmbito público de realização dos interesses públicos competia

¹⁰ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 15, 151, 161 e 1100 e ss., e M. VILLORIA MENDIETA, *ob. cit.*, p. 257 e ss.

exclusivamente ao Estado, o qual apenas poderia intervir no âmbito dos privados para assegurar as condições legais de realização dos direitos e liberdades, bem como prever processos de resolução dos litígios.

Por força da Constituição, há tarefas públicas exclusiva e imediatamente executadas pelo Estado. A função da segurança é uma tarefa que pode competir ao Estado e à Sociedade, por exemplo, o controlo da introdução no mercado de produtos perigosos para a saúde pública e o ambiente. O tópico das “responsabilidades partilhadas” tenta ultrapassar duas visões redutoras e unilaterais: uma que só vê vantagens no “mercado”, a outra que apenas privilegia o controlo estadual. As tarefas privadas de interesse público devem ser garantidas e reguladas pelo Estado. O autocontrolo privado estadualmente regulado é uma tarefa de cooperação entre o público e o privado, e não uma mistura dos dois âmbitos, isto é os privados exercem atividade privada, enquanto as entidades reguladoras públicas exercem funções públicas. O Estado pode entregar aos privados tarefas que anteriormente eram por si executadas. No caso da renúncia aos controlos públicos preventivos no âmbito do urbanismo, discute-se, na Alemanha, se se trata de privatização funcional duma tarefa de execução ou de uma privatização material. O autocontrolo privado pertence à esfera dos privados e do direito privado. A realização dos interesses públicos também pode ser assegurada por privados. No autocontrolo privado, a regulação é de direito público, mas a atividade em si é de direito privado. Por exemplo, a segurança e o controlo do trânsito nos espaços das grandes superfícies comerciais é realizada por empresas privadas de segurança. No exercício de certas atividades, são impostos aos privados certos deveres, como, por exemplo, deveres de adotar sistemas de prevenção e auditoria quanto a segurança, risco de acidentes graves, riscos ambientais, prevenção da poluição. Os assistentes desportivos e as empresas de segurança podem assegurar a segurança dentro dos recintos desportivos, incluindo a revista das pessoas. A responsabilidade imediata pelo transporte de mercadorias perigosas cabe a um conselheiro de segurança da empresa. A responsabilidade pública de execução pode ser substituída por uma responsabilidade estadual de garantia em cooperação com o autocontrolo privado. O Estado pode renunciar aos controlos preventivos em matéria de urbanismo e construção, mas não renuncia à fiscalização da legalidade da ação privada. Os organismos privados de certificação e controlo exercem atividade privada. Os privados têm a responsabilidade de contratar terceiros independentes que realizam como privados a

tarefa de controlo e certificação, num setor empresarial aberto à concorrência. O sistema de verificação técnica de veículos e navios parece ser uma delegação pública de funções nos privados. Em Portugal, a acreditação é um sistema público que cabe ao Instituto Português da Acreditação, sem intervenção dos privados. A certificação é um autocontrolo privado que compete a fabricantes ou importadores. O Estado pode organizar controlos sucessivos, em substituição de anteriores controlos preventivos, e fiscalizar a imparcialidade do autocontrolo privado.

10. É admissível uma estrutura de cooperação organizada crescente entre entidades públicas e privadas na prossecução dos fins do Estado

Quer o Estado, quer os grupos de interesses parecem ter compreendido que, para a resolução dos grandes desafios do séc. XXI, deve organizar-se a administração em termos cooperativos com os privados.¹¹ Uma separação radical Estado-Sociedade não permitiria vencer a crise. Por exemplo, a superação da crise financeira portuguesa fundamenta-se na atividade exportadora das empresas privadas em cooperação com os atores públicos. A relação de cooperação exige partilha de responsabilidades entre o público e os privados. Podem ser delegadas funções públicas em privados, podem organizar-se parcerias público-privadas e fomentar em geral o potencial administrativo das entidades privadas para atividades de interesse público. A lei pode prever que os privados se organizem como auto-administração, quer na forma de associação pública, quer na forma de associação ou organismo de direito privado. Neste caso, fala-se de delegação de poderes públicos em privados. Em alguns países, tem-se aceite a referida cooperação em setores típicos de autoridade pública como a gestão das prisões e o policiamento urbano.

11. A “empresarialização” administrativa

A “Nova Gestão Pública” propõe a mudança do paradigma burocrático para um paradigma empresarial.¹² Concorde-se com tal proposta desde que os valores da boa gestão económica sejam completados pelo controlo da juridicidade. Um exemplo de que a pura gestão económica e orçamental pode fazer esquecer valores de juridicidade está no presente corte, que alguns propõem como definitivo, dos vencimentos do pessoal do

¹¹ Vd. PEDRO GONÇALVES, *Entidades...*, cit. p. 13 e ss.

¹² *Idem*, p. 13 e ss. e 18 e ss., e SOFIA TOMÉ D’ALTE, *ob. cit.*, p. 334 e ss.

setor público. O ponto de vista da “Nova Gestão” esteve presente na aprovação das “Linhas de Orientação para a Reforma da Administração Pública-Resolução do CM nº 95/2003, e na aprovação do SIADAP. Os valores norte-americanos da cultura de empresa na Administração pública que privilegiam o controlo dos resultados, a administração por gestores e direcionada para o mercado têm algo de correto. O que se tem é de evitar os exageros! A empresarialização pode ser obtida através da privatização formal, em que há criação pública de entidades formalmente privadas, como sociedades comerciais, etc. para exercerem tarefas que continuam públicas.

A administração pública deve seguir objetivos de serviço ao cidadão. Cada organismo público deve ser aferido por objetivos e resultados, e com avaliação do desempenho. As alterações organizatórias envolvem a partilha de estruturas, a diminuição dos níveis hierárquicos, a organização por programas com equipas multidisciplinares, e a manutenção de sistemas de informação.

No nosso ordenamento, existem empresas públicas há bastante tempo, porém, os seus resultados económicos não têm sido famosos, normalmente, ao que julgo, porque a respetiva gestão económica é superada pela concomitante perspetiva social e política. A novidade, atualmente, é que a criação de empresas pode abranger também funções não económicas, como a saúde¹³, a segurança social e, em certos países, a regulação dos mercados financeiros, o controlo do tráfego aéreo, etc., as quais podem ser dotadas de poderes de autoridade. Esta privatização formal ou transferência da execução de tarefas públicas para privados levanta o problema da orientação e controlo dessas atividades conforme o interesse público, porque o poder político não pode intervir diretamente na gestão duma sociedade anónima. Porém, se a maioria do capital pertencer a entidades públicas, esse obstáculo não parece ser relevante.

12. O governo eletrónico. A modernização das estruturas e do funcionamento da Administração pública.

A administração puramente “repressiva” tem os dias contados. Apenas se justifica se for “amiga” da cidadania e favorecer o desenvolvimento económico. A reorganização administrativa promove economias, a eficiência, a simplificação e a racionalização das estruturas. A administração burocrática e sobredimensionada dialoga com dificuldade com o cidadão. Por isso, é importante a modernização e automatização

¹³ Cfr. M. VILLORIA MENDIETA, *ob cit.*, p. 305 e ss.

de processos. A sociedade da informação e do conhecimento modifica para melhor as relações entre o Estado e os cidadãos, e permite reorientar a estrutura organizatória para o serviço dos cidadãos, na base dos progressos tecnológicos associados às tecnologias da informação e das comunicações. O governo eletrónico permite uma transformação jamais imaginada nas estruturas organizacionais do Estado e das organizações internacionais administrativas, isto é, permite um novo modelo de Administração organizado em rede e mais eficiente.

13. Permanece a diferença entre Estado e Sociedade, mas com alargamento do papel da Sociedade

A diferença entre as esferas estadual e societária de responsabilidade permanece, porém, desapareceu a relação de confronto, de recíproca exclusão entre ambas as esferas, aceitando-se uma relação cooperativa.¹⁴ Os défices públicos e uma governação que tem de justificar os custos produziram o alargamento do papel da Sociedade e uma retração do Estado. Há novos papéis e a necessidade dum diferente “pacto social”. No entanto, continuam a existir tarefas inelimináveis que o Estado tem de exercer, regular ou garantir (exs.: soberania, ordem pública, impostos, justiça, etc.). A delegação de funções públicas em privados situa-se ainda na esfera estadual, e não na Sociedade. Levantam-se dúvidas sobre quais as tarefas típicas do Estado que são delegáveis. Por exemplo, nos Estados Unidos admitiu-se a gestão das prisões por privados, com os inerentes poderes de autoridade.

14. Permanece uma diferenciação relativa e não de exclusão entre tarefas públicas e privadas

Na época liberal, existia uma clara separação entre tarefas públicas e tarefas privadas.¹⁵ No Estado Social e no Estado Pós-social essa exclusão foi abandonada. Julga-se que continuam a existir tarefas públicas por natureza. A novidade é que, pelo menos alguns segmentos, por exemplo, a execução destas tarefas públicas é delegável nos privados. O “bem comum” pode ser concretizável quer por tarefas públicas estaduais ou não estaduais, quer por tarefas privadas de interesse público. Os sindicatos

¹⁴ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 15 e ss.

¹⁵ Vd. PEDRO GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 17 e 142.

ou a comunicação social cumprem tarefas de interesse público, mas não tarefas de função pública.

O interesse público é o princípio constitucional básico da administração pública como tarefa de dever-ser político-socialmente a concretizar. A realização dos interesses públicos não é, porém, monopólio estatal. As tarefas públicas são as exercidas por entidades públicas nos termos da previsão legal. Os interesses públicos são legalmente definidos e visam a satisfação das necessidades básicas comuns duma pluralidade ou da universalidade dos cidadãos. As tarefas públicas estaduais (algumas são constitucionalmente obrigatórias- art.9º CRP- outras obrigatórias por previsão legal ou regulamentar europeia) ou não estaduais (prosseguidas pelas administrações públicas autónomas) visam realizar os interesses públicos. Há um núcleo de tarefas públicas que foram historicamente a razão de ser do Estado, e que são comunitariamente consideradas, na atualidade, como ativas. A Sociedade cumpre tarefas privadas de interesse público e tarefas simplesmente privadas. São diferentes as tarefas da administração pública autónoma e as tarefas privadas de interesse público, as primeiras são públicas, as segundas são privadas. Uma tarefa privada simplesmente privada pode servir mediatamente o interesse público, porém, este efeito mediato é mais um critério formal que substancial. Qual é mais valioso no ponto de vista do interesse público: a aquisição de um submarino, ou a criação de 1000 postos de trabalho num “shopping”? Os interesses privados considerados relevantes surgem frequentemente confundidos com interesses públicos (ex.: na concertação social). Quanto às tarefas privadas de interesse público, umas justificam a regulação pública, enquanto outras dispensam aquela regulação, mas podem eventualmente aproveitar de subsídios ou isenções fiscais. No âmbito das tarefas de interesse público, o ordenamento deve reconhecer que há situações diferenciadas: comunicação social, sindicatos, partidos políticos, o 3º setor das pessoas coletivas privadas de utilidade pública, das instituições privadas de solidariedade social, as profissões liberais regulamentadas em termos de direito europeu, o ensino privado, etc.

A dimensão das tarefas públicas relaciona-se com o tópico “Menos Estado, melhor Estado para a cidadania”. É função da política identificar as funções essenciais do Estado, que este deve manter na sua órbita de intervenção. As funções acessórias podem ser externalizadas para o sector privado, detendo o Estado o papel de

regulamentador e fiscalizador. As funções consideradas inúteis que ainda permaneçam no sector público devem ser descontinuadas.

15. O Estado continua a ser o ordenamento jurídico de fins gerais

O Estado que conhecemos como ordenamento jurídico de fins gerais surgiu numa evolução a partir do séc. XVI. Foi importante a categorização do Estado-administração pública como pessoa coletiva de direito público que reconhece direitos subjetivos públicos e se submete à legalidade.¹⁶ Alguma doutrina tem referido a “morte” do Estado como ordenamento jurídico geral, tornado num subordenamento do Estado supranacional europeu, isto é, a União Europeia ter-se-ia transformado no ordenamento jurídico de fins gerais. O Estado que nós conhecemos, na atualidade, apenas perderá a condição de ordenamento jurídico de fins gerais, um dia, se a União Europeia se transformar num Estado federal. Teremos, então, de aguardar para constatar se esse desenvolvimento constitucional se efetivará ou não.

A “morte” do Estado também tem sido anunciada por alguns, na medida em que o Estado teria deixado de protagonizar a prossecução dos interesses gerais ou públicos, isto é, o “mercado” teria superado o Estado, ao qual pouco mais restaria, na melhor das hipóteses, do que o papel não autónomo de cooperador e de mediador de interesses privados. Para que isso não seja realidade, caberá aos juristas a defesa duma juridicidade de Estado de direito democrático imposta ao poder político e apoiada na Sociedade.

No caso de desaparecer o “Estado” que conhecemos, continuarão a existir a administração pública e o direito administrativo num plano supranacional europeu, conforme os princípios gerais de direito comuns aos Estados- membros. Pode haver direito administrativo e administração pública sem Estado nacional, o que terá de existir é uma ideia institucional e a “puissance publique”, não sendo obstáculo a concorrência plural de ordenamentos jurídicos diferenciados.

16. Poderá suceder alguma reversão das tendências e características até agora enunciadas nos números anteriores?

¹⁶ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 16 e ss., e L. F. COLAÇO ANTUNES, *O Direito Administrativo sem Estado*, Coimbra Editora, 2008, p. 29ss.

A privatização, a crescente participação dos privados, a empresarialização, etc. resultaram do surgimento de fatores complexos que justificaram as mencionadas transformações¹⁷. Se estes fatores um dia se alterarem, teremos logo influência sobre o modo de conceber e organizar a administração pública, podendo ocorrer reversão de várias características. A atual crise financeira internacional, tal como a Grande Crise de 1929, terá efeitos drásticos sobre as administrações públicas com um reforço da regulamentação pública e da transparência a exigir aos autocontroles privados publicamente regulados. Depois do “incêndio”, foram os privados a exigir maior e melhor regulamentação financeira, porque ela, em parte já existia, o que não foi é suficientemente eficaz, encontrando-se em parte “desarmada” em alguns aspetos pela maioria republicana nos Estados-Unidos. Em Portugal, a regulação pública do Banco de Portugal foi desanimadora e um equívoco na prevenção da crise. As intervenções contra o terrorismo internacional são de molde a reforçar o ordenamento público nacional e internacional da segurança e defesa. A proliferação de “paraísos fiscais”, que em parte também favoreceram a atual crise internacional, tem reforçado o ordenamento nacional e internacional tributário.

II PARTE – Transformações e características atuais do direito administrativo

17. Modificações a nível da dogmática e tarefas do direito administrativo

O direito administrativo moderno nasceu como o direito dos “privilégios” da Administração, como o direito da atividade do poder executivo.¹⁸ Esta conceção de “privilégio” não serve na atualidade, dadas todas as transformações que atrás enunciamos. Cada vez mais é necessário o ponto de vista “garantístico” do direito administrativo.

No quadro das transformações apontadas, os autores ora referem o desenvolvimento contraditório do direito administrativo, ora a “crise de identidade” do direito administrativo, ora a “desconstrução” do direito administrativo.

Como desenvolvimento contraditório do direito administrativo, apontam-se, por um lado, o crescente reconhecimento de direitos subjetivos públicos dos cidadãos mas, por outro lado, a fuga da administração pública para o direito privado, sem renunciar

¹⁷ Vd. PEDRO GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 18 ss.

¹⁸ Vd. VASCO PEREIRA SILVA, *ob. cit.*, p. 153 e ss.

aos seus poderes de autoridade, onde os cidadãos não têm as mesmas garantias. Outra contradição estaria na crescente liberalização dos serviços públicos de acordo com o direito comunitário mas, por outro lado, os poderes reguladores do Estado aumentaram.¹⁹

O direito administrativo estaria também em crise de identidade.²⁰ Privatizaram-se formas organizatórias da administração pública e as formas de gestão das tarefas públicas. Também a proliferação das autoridades administrativas independentes, autónomas do controlo do Governo e do Parlamento, não respeita o princípio da unidade da Administração, e da responsabilidade política do Governo pelos resultados da atividade administrativa.

Pode referir-se igualmente a “desconstrução” do direito administrativo na medida em que o Estado, na atualidade, seria apenas um intermediário de interesses privados, e por motivo da privatização generalizada do setor público quanto à forma, à atividade e às estruturas organizatórias.²¹

Não obstante estas posições doutrinárias, julgamos que o direito administrativo tem novos e interessantes desafios em direção à salvaguarda da juridicidade e mantém um espaço de normatividade autónomo. A nossa intenção é, a partir das transformações objetivas atrás enunciadas, aquilatar as características que possui o direito administrativo, na atualidade, a saber:

- a) Releva mais a finalidade da atividade administrativa do que a natureza jurídica ou a forma do sujeito jurídico que a prossegue, se é um sujeito de direito público ou de direito privado. O direito europeu prefere utilizar a noção de serviços de interesse geral ou de serviços essenciais em vez da clássica noção de serviço público. O critério do direito administrativo não pode ser só estatutário, mas também funcional²².
- b) A relação jurídica multilateral é típica da Administração pública infra-estrutural ou pós-social. O conceito de ato administrativo é mais explicativo das tradicionais relações jurídicas bilaterais, não servindo para compreender as

¹⁹ Vd. PAULO OTERO, *Legalidade...*, ob. cit., p. 282 a 300.

²⁰ Vd. PAULO OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 304 a 331, e SCHMIDT-ASSMANN, *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, JAVIER BARNES (ed.), Sevilla, 2006, p. 15 e ss.

²¹ Vd. L. F. COLAÇO ANTUNES, ob. cit., p. 35 e ss., 43 e ss., e 48.

²² Vd. VASCO PEREIRA SILVA, ob. cit., p.146-147, e M. ASSIS RAIMUNDO, *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 2007, p. 72 e ss.

relações jurídicas entre o órgão administrativo, o destinatário e os terceiros eventualmente afetados pela decisão. Se à administração-autoridade se liga o conceito de ato desfavorável, e à administração de prestações o conceito de ato favorável, à administração infra-estrutural é específico o ato administrativo com efeitos para terceiros (ex.: a autorização de construção pode afetar os direitos dos vizinhos).²³ Se os efeitos do ato não são apenas individuais, e se pode afetar um amplo número de pessoas, então é necessário ponderar a utilidade social dos atos administrativos. Por exemplo, a decisão de abertura dos hipermercados aos domingos vai afetar não só os destinatários diretos, como também os trabalhadores das empresas, o pequeno comércio, os utentes, os fornecedores, os vizinhos, etc. As autorizações administrativas como atos preventivos ganham um novo sentido de coordenação e orientação. Em vários setores do direito administrativo especial, como o direito do urbanismo, o direito do ambiente, o direito industrial, etc. surgem novos direitos de terceiros como direitos subjetivos. No direito administrativo pós-social, a atividade administrativa não atua tanto por atos instantâneos, como mediante procedimentos complexos com participação das partes, dos terceiros interessados, com várias fases, em que as fases anteriores condicionam as fases seguintes. Sendo a administração pós-social multilateral torna-se menos nítida a diferença entre atos e normas, entre disposições individuais e genéricas, como sucede com os “procedimentos de massa”, os planos de urbanismo ou ordenamento do território, ou com a decisão de construir o TGV, etc.

- c) O ato administrativo é dogmaticamente completado pelas noções de procedimento e de relação jurídica administrativa.²⁴ O direito administrativo surge influenciado pelos direitos subjetivos constitucionalizados e pelo direito europeu. O contencioso administrativo deve ser pleno e de acesso efetivo.

²³ Vd. VASCO PEREIRA SILVA, *ob. cit.*, p. 143-146 ss. L. PAREJO ALFONSO/A. JIMÉNEZ BLANCO/ORTEGA ALVAREZ, *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 1996, v. I, 1996, p. 19 e ss., e HEIKO FABER, *Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1987, p. 319 e ss.

²⁴ Cfr. VASCO PEREIRA SILVA, *ob. cit.*, p. 150 e ss.

- d) As concessões clássicas incidiam mais em tarefas técnicas ou empresariais. Diferentes são as atuais delegações de funções públicas em particulares em âmbitos da administração-autoridade.²⁵
- e) O direito administrativo de garantia, ou da cooperação admite que as entidades privadas exerçam poderes públicos de autoridade no desempenho da função administrativa. O direito administrativo tem como meta fixar meios reguladores eficazes, que façam respeitar ordenadamente os interesses públicos, e definir quais são as missões públicas essenciais.²⁶
- f) O direito administrativo da cooperação necessita mais da via contratual pública do que da via unilateral decisória. Os serviços de interesse geral conformes ao direito europeu num mercado liberalizado substituíram o pré-europeu monopólio público dos serviços.
- g) Constitucional e legalmente realizado o contencioso administrativo de plena jurisdição e subjetivo, não se pode olvidar, principalmente no Estado regulador, a vertente objetivista da legalidade e dos interesses públicos, como “amortecedor” da perda efetiva de poderes de autoridade das entidades públicas.²⁷
- h) O Estado “emagrecido” e com défice decisório de poder público (ex.: as indecisões sobre as portagens e isenções *scuts*) necessita duma função pública profissional e de direito administrativo nas tarefas de soberania e poder público e nos setores imediatamente auxiliares dessas tarefas, por motivo de se manter em níveis elevados os conhecimentos técnico-profissionais, a imparcialidade e a neutralidade das funções públicas.²⁸ Pela mesma ordem de razões, é importante a existência de autoridades administrativas independentes (exs.: ERC, ASAE, etc).
- i) O novo direito administrativo não esquece as dimensões clássicas, assim, será um direito simultaneamente, conforme as situações concretas, de autoridade, de prestações, infra-estrutural ou conformador, de garantia ou regulador e da

²⁵ Vd. PEDRO GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 16 e ss.

²⁶ *Idem*, p. 22 ss.

²⁷ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, Lex, Lisboa, I, 2005, p. 692 ss.

²⁸ Vd. NUNO J. VASCONCELOS ALBUQUERQUE SOUSA, *La Función Pública como Relación Especial de Derecho Administrativo*, Ecla, Porto, 2000, p. 336 e ss.

cooperação com os privados.²⁹ Importante é a função arbitral – administração arbitral (exs.: ERC, Autoridade da Concorrência, etc.). Aos instrumentos normais da atividade administrativa (atos administrativos com efeitos duplos, contratos, operações materiais, etc.) acrescem formas de *soft law*. Continuarão a ser exportados para o direito privado valores de direito público como valores de transparência, responsabilidade social, prevenção de riscos, etc.

- j) É obsoleta a visão do controlo jurisdicional da administração apenas a cargo dos tribunais administrativos que se ocupam das questões da legalidade, etc. Quem se preocupa com o controlo da eficiência da administração e com o mérito da decisão que objetivamente devem ser vistos como fazendo parte da legalidade?³⁰ É do interesse da política alargar os poderes do Tribunal de Contas, ou então criar outra instituição com poderes efetivos preventivos e repressivos da ineficiência administrativa. Sem esta reforma, será difícil que se cumpram os objetivos de redução do défice acordados com a União Europeia.
- k) O direito administrativo europeu é o direito regulador das administrações infra-estruturais dos Estados-membros.³¹ Existe separação de poderes, princípio da legalidade, princípios jurídicos fundamentais interpretados pelo Tribunal de Justiça, direitos subjetivos dos cidadãos europeus, carta dos direitos fundamentais, vinculação à CEDH, interesses públicos comunitários, isto é, estão reunidos os requisitos para se considerar o direito da União Europeia como ordenamento jurídico de fins gerais. O direito administrativo europeu é um direito da cooperação e garantia. Tem a “função diretiva” das tarefas comunitárias e a “função de integração” dos diversos direitos nacionais.³²
- l) Sabino Cassese, entre outros, aceita a existência dum direito administrativo global. Trata-se de normas provenientes de organizações como a OCDE, BM, OMC, FMI, e outras organizações nos setores do ambiente, saúde, telecomunicações, propriedade intelectual, etc. Apesar de lhe faltar a base constitucional e intervir mais na base do *soft law*, julgo que não haverá impedimentos à existência desse ordenamento global. O direito internacional

²⁹ Vd. PEDRO GONÇALVES, *ob. cit.*, p.22ss.

³⁰ Vd. o art. 10º do Cód. Procedimento Administrativo.

³¹ Vd. L. F. COLAÇO ANTUNES, *ob cit.*, p. 76 e ss, e 117 e ss.

³² Vd. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso...*, *cit.*, p. 782 ss., e PAREJO ALFONSO/JIMÉNES

BLANCO/ORTEGA ALVAREZ, *ob cit.*, p. 122ss.

administrativo não terá necessariamente as mesmas características do direito europeu ou dos direitos nacionais, já que as etapas de evolução são diversificadas, mas pode haver direito administrativo sem Estado.³³

III PARTE – Fatores explicativos das transformações ocorridas na Administração Pública e no Direito Administrativo.

Trata-se de uma grande variedade de fatores e causas. Esses fatores económicos, tecnológicos, culturais, etc. não são controláveis pelos Estados, sejam eles pequenos ou grandes Estados. Atrás das grandes mutações estão fatores materiais concretos e não apenas fatores ideológicos.³⁴ Outras formas políticas, em outras épocas desapareceram, sem terem podido controlar determinados fatores que, por vezes, foram auto-desencadeados, estou a recordar o Império Romano.

a) Fatores económicos

O Estado-Providência tornou-se incapaz de responder às crescentes necessidades sociais, económicas e culturais dos cidadãos por falta de sustentabilidade económico-financeira. As duas crises petrolíferas foram factos importantes. O modelo de desenvolvimento económico keynesiano e sustentado no efeito multiplicador das despesas públicas esgotou-se. O crescimento económico tem limites e não pode ser obtido com prejuízo da ecologia e ambiente. Os importantes défices orçamentais e a derrapagem das despesas públicas tornaram-se denominador comum dos países mais desenvolvidos. O défice das despesas públicas não é um problema só do Estado Social, porque então os Estados-Unidos nunca teriam défice nas contas públicas. O caminho não era aumentar continuamente os encargos fiscais e da segurança social dos cidadãos, porque estes começaram a pensar se o que recebiam do Estado era proporcional ao que despendiam em impostos, etc. Os défices tornaram o Estado social ingovernável. Propôs-se menos Estado e melhor Estado, maior eficiência dos serviços públicos, isto é, um sistema administrativo que funcionasse melhor e a mais baixo custo. Haveria menos

³³ Vd. L. F. COLAÇO ANTUNES, *ob. cit.*, p. 141 ss., e Giulio Napolitano, *Diritto Amministrativo Comparato*, Giuffrè, 2007, p. 325 e ss.

³⁴ Vd. VASCO PEREIRA SILVA, *ob. cit.*, p. 138 e ss., PEDRO GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 14 ss., e PAULO OTERO, *Legalidade...*, *cit.* p. 298 e ss.

Estado e mais mercado. A globalização da economia deslocou o centro da produção de riquezas para os Estados emergentes, retirando competitividade económica e a produção da riqueza dos Estados europeus, ora o Estado social depende para ser viável de crescimento económico e de prosperidade sempre em alta.

b) Fatores políticos

O crescimento desmesurado do Estado social modificou-o num Estado total anulador das liberdades, tornando-se num Estado de mal-estar porque a satisfação das necessidades sociais impreteríveis desceu de nível. A privatização da economia social foi vista nos anos 70 como um processo político de afastar os sindicatos da influência política. Durante bastante tempo, o Estado social conseguiu alcançar um ótimo nível de prestações jamais alcançado na história. Quando o nível das prestações baixou, os cidadãos perderam confiança no Estado como estrutura capaz de resolver problemas como o desemprego, a sustentabilidade da segurança social, etc. O Estado onnipresente e prestador tornou-se inevitavelmente pouco eficiente, destinando-se cada vez maior fatia das verbas públicas ao pagamento da burocracia e menos ao bem-estar. A aproximação do Estado dos problemas sociais diminuiu o sentido de objetividade que o poder público deve manter, e tornou-o bastante permeável às pressões sociais e à corrupção. Sem visualizarem a possibilidade do Estado solucionar os respetivos problemas, os cidadãos perdem confiança na esfera política, tornam-se indiferentes à política. Interessa-lhes mais a questão ecológica, a qualidade de vida, etc. do que a questão política. A Sociedade, estruturada através de grupos multinacionais de interesses, reúne enormes capacidades financeiras e técnicas e sente não precisar do Estado. A Sociedade necessitou do Estado para as tarefas de reconstrução do pós-guerra ou após a crise de 1929, agora imagina que já não precisa do Estado. Há novos problemas como o aquecimento global, as alterações climáticas, as energias renováveis, as manipulações genéticas, etc. que deixam o Estado num impasse decisório. Os Estados já não têm determinadas competências científico-tecnológicas para resolver algumas matérias complexas como certas empresas privadas, necessitando da cooperação destas. Houve um tempo, em que, em Portugal, os laboratórios públicos eram de longe melhores que os privados. Em 2010, as verbas da investigação científica privada foram superiores, em Portugal, às verbas da investigação estatal.

c) Fatores sociais

O Estado democrático social resolveu bem a questão social nos países desenvolvidos. Mas surgiram novas questões como a desregulação dos mercados, a questão ecológica, a escassez da energia, o desemprego, etc. Os cidadãos consumidores das prestações não assumem psicologicamente que também têm deveres sociais, que as prestações têm o reverso que é pagar cada vez mais impostos. A idade da reforma cada vez mais cedo torna-se uma pretensão muito divulgada, mas as pessoas não assumiram psicologicamente que isso não é sustentável num Estado social que pretende ser igual para todos. É próprio do Estado Social passar nas SCUTS sem pagar, e o cidadão consumidor de prestações não assume o papel de utente socialmente devedor.

d) Fatores ideológicos

Num clima de alheamento do político e de desideologização, o neoliberalismo instala-se facilmente, tornando-se na ideologia dominante. Se os problemas são o défice público e a ingovernabilidade do Estado social, então “emagreça-se” o Estado, adapte-se este à cultura das empresas privadas, privatize-se, abram-se os serviços públicos ao mercado, etc. A organização empresarial privada é tida globalmente, e em períodos de tempo prolongados, como mais eficiente. Mesmo nesta época de crise global, o capitalismo está forte nos países emergentes, e o défice parece existir principalmente nos Estados, nas contas públicas. O Estado pós-social tem muito a ver com o neoliberalismo. O Estado não deve ser produtor direto de bens e serviços, essas verbas devem ser canalizadas, através do crédito, etc., para os atores privados que são mais eficientes.

e) O fator europeu

A União Europeia exige a concorrência e a liberalização dos serviços públicos. O Estado não deve ter monopólios públicos. Os Planos de Estabilidade e Crescimento exigem um rigoroso controlo das contas públicas. O Estado deixa de ter verbas fáceis para investir na economia pública, e suscetíveis de posteriormente serem socialmente redistribuídas. O Estado de prestador direto é compelido ao papel de Estado Regulador.

f) O fator técnico-científico.

O governo eletrónico permite uma enorme transformação qualitativa, talvez a mais decisiva alguma vez sucedida, permitindo uma nova administração.³⁵ Com o governo eletrónico é mais fácil realizar o Estado Regulador. Aproxima a Administração dos cidadãos, aumenta a eficiência, reduz custos de pessoal. Permite fazer administração, em certos setores, sem pesadas estruturas de pessoal, possibilitando-se estruturas matriciais ou de missão e maior privatização. Possibilita-se a separação entre o elemento diretivo que deve ser público e o pessoal de manutenção do sistema informativo e de execução no terreno que pode ser privatizado. O governo eletrónico exige do Estado uma nova função, a função de informação, e um novo direito administrativo da informação. As verbas poupadas no setor público podem ser canalizadas para investimentos societários mais produtivos³⁶.

IV PARTE – Riscos e desafios

A adoção do modelo de Estado-Garantia (Estado-Regulador; Estado Pós-social) envolve bastantes riscos³⁷:

- a) A perda do sentido de imparcialidade e distanciamento dos poderes públicos dos interesses privados.
- b) A adoção de determinados programas informáticos e sua manutenção contínua por empresas privadas em setores das Forças Armadas, das polícias, da Justiça, etc, colocam nas mãos privadas poderes apreciáveis. A utilização de empresas de consultadoria externa na preparação de reformas legislativas (ex.: SIADAP) pode afastar a Administração de certos valores de legalidade que o sistema administrativo ainda possui.
- c) O exercício privado de poderes públicos não é uma novidade em Portugal, por exemplo, no séc. XIX, não tendo deixado uma grande imagem de eficiência. O direito administrativo desenvolveu-se jurisprudencialmente, em França, no séc. XIX, precisamente devido a certos impedimentos e falta de adaptação dos privados a novas necessidades do interesse público.

³⁵ Vd. M. VILLORIA MENDIETA, *ob. cit.*, p. 305 ss.

³⁶ Vd. RAINER PITSCHAS, *Innovación y Reforma*, JAVIER BARNES (ed.), p. 203 e ss.

³⁷ Cfr. VASCO PEREIRA SILVA, *ob. cit.*, p. 140 e ss., e PEDRO GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 17, 21 ss, 1099 e ss.,

- d) A dificuldade de tomar decisões do poder público cresce face à afluência de interesses privados à organização administrativa. A autoridade formal pública pode não defender o interesse público por estar infiltrada por interesses privados. O sistema administrativo pode ser concretizado por vias informais que não cumprem as regras do “due process”.
- e) Penso que o Estado Regulador tem suficiente fundamento jurídico para afastar todos estes riscos potenciais e continuar o papel do Estado como garante do Estado de Direito. O Estado Garantia não é uma verdadeira transformação do Estado Social, mas é a adaptação do mesmo Estado a um novo papel de garantia e regulação, justificada pelo surgimento de fatores que o próprio Estado nunca poderia impedir. A importância da privatização foi reconhecida no art. 267º6 da CRP.
- f) A solução será não transformar a regra em exceção. A situação normal é o exercício das funções públicas essenciais continuar a ser confiada a entidades organizadas conforme o direito administrativo, mesmo que seja um direito administrativo de garantia.

V PARTE – O papel do direito administrativo e do Estado na GARANTIA do Estado de direito, dos direitos fundamentais e da cidadania em todas as suas vertentes³⁸

O direito administrativo não é só o direito de defesa dos direitos subjetivos dos cidadãos, tem também uma dimensão funcional-objetiva de garantia do sistema administrativo. Fala-se muito na corrupção em geral e, normalmente, apenas se pensa na repressão penal. Esquece-se que preventivamente é possível identificar os alvos principais da corrupção que são geralmente sempre os mesmos (ex.: órgãos que adjudicam contratos, etc.), e instalar meios preventivos da corrupção civis ou públicos

³⁸ Vd. PEDRO GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 140, 150 ss., COLAÇO ANTUNES, *ob. cit.*, p. 140 e ss., PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, Almedina, 2007, vol. I, p. 347, 428 e 667. Veja-se *Revista Nova Cidadania*, ano VIII nº 31 (Encontros dos Jerónimos - Estado Garantia: O Estado Social do séc. XXI?): FERNANDO ADÃO FONSECA, p. 24 e ss., JOÃO CARLOS ESPADA, “Liberdade implica Responsabilidade”, p. 30 e ss., JOÃO CARDOSO ROSAS, “Do Estado de Direito ao Estado Garantia”, p. 33 e ss., J.C. VIEIRA ANDRADE, “Repensar a relação entre o Estado e Sociedade”, p. 36 ss., J. GOMES CANOTILHO, “Sobre os Fundamentos éticos e morais do Estado Social”, p. 39 e ss., e MANUEL CLEMENTE, “Um Estado social subsidiário”, p. 41 e ss.

no Estado e na Sociedade. O direito administrativo, mais que o direito constitucional, é garantia da realização dos interesses públicos. A Administração pública continua a desempenhar diretamente funções públicas essenciais e deve garantir e fiscalizar a realização dos interesses públicos por privados, escrutinados por processos concursais objetivos. Os finais do séc. XX foram privatizadores, mas o séc. XXI surge com um crescente intervencionismo público, do qual se fala muito no papel público de recuperação da crise financeira mundial através da União Europeia, BCE e FMI. A intervenção pública tem aumentado nos âmbitos do ordenamento, ecologia e ambiente, proteção civil, criminalidade, terrorismo, poluição, resíduos, etc., originando-se novos direitos administrativos especiais menos subjetivos e mais funcionais.

No ponto de vista da cidadania, a situação parece mostrar benefícios. O cidadão não é mais o súbdito do Estado absolutista ou de polícia, nem o cidadão socialmente indiferente do Estado liberal, nem o mero utente dos serviços gratuitos do Estado social. O cidadão do Estado Regulador ou de Garantia é um ator que pode partilhar os poderes públicos com a Administração e, portanto, assume voluntariamente um papel socialmente comprometido.

Também o cidadão administrativo é sujeito do ordenamento de fins gerais europeu que pode servir de ponto de equilíbrio, no Estado Regulador, face ao perigo de colonização pelos fins privados. O cidadão administrativo dispõe duma tutela jurisdicional mais ampla, a nacional e a europeia, incluindo a CEDH. A cláusula democrática da União Europeia implica intrinsecamente os valores dos direitos do homem e restantes liberdades fundamentais, o Estado de Direito em liberdade e democracia.

O Estado- Garantia está ao serviço da pessoa humana e do “bem comum” (interesse público), e como Estado democrático aceita a participação dos grupos de interesses e partidos políticos, mas não pode deixar-se instrumentalizar por eles. A solução terá de ser político-administrativamente institucional, mas também pessoal-ética³⁹.

Finalmente, o grau de intervencionismo administrativo tem aumentado, não é menor que no Estado social, é diferente. Até o progresso das técnicas é propício ao aumento do intervencionismo. Exemplo: o processo de licenciamento das construções já

³⁹ Vd. J. RODRIGUEZ ARANA, *Ética...*, cit., p. 133 e ss., e RENÉ PASSET, *A Ilusão Neoliberal*, Terramar, 2002, p. 133: “o primado dos valores funda a supremacia do político sobre o económico”.

era bastante burocratizado e há pouco acresceu a questão da qualidade térmica dos edifícios. Os meios informáticos colocam em novos moldes o segredo bancário se há indícios de crimes, de dívidas ao fisco, etc., e é fácil controlar a circulação das pessoas suspeitas de terrorismo, etc. A necessidade de proteção civil é genericamente reconhecida, e serve na atualidade para vários municípios imporem uma nova taxa obrigatória e como tal designada, mas favorecendo a aceitação do cidadão com uma isenção eventual.

Será que o Estado Garantia-Regulador vai acabar por ser mais interventor e regulamentador das liberdades, com a respetiva “mordaza” ou “filtro”, do que a anterior forma de Estado Social? Seria um efeito paradoxal, porém, não me lembro de ver o Estado a perder fácil e voluntariamente prerrogativas. Será um compromisso de cidadania observar o percurso deste paradoxo...

-

CONCLUSÃO

Apesar da diversidade de riscos e desafios envolvidos, julga-se que o Estado Regulador tem suficiente fundamento jurídico para afastar todos estes riscos potenciais e continuar o papel do Estado como garante do Estado de Direito. O Estado Garantia não é uma verdadeira transformação do Estado Social, mas é a adaptação do mesmo Estado a um novo papel de garantia e regulação.